

MARIA PAOLA MANTOVANI*

Il contratto di assicurazione nel diritto europeo

Sommario: 1. Il diritto europeo delle assicurazioni: verso una disciplina comune nel settore assicurativo. — 2. Il contratto di assicurazione: riflessioni di diritto comparato. — 3. Il modello francese. — 4. Il modello inglese. — 5. Le Autorità di vigilanza del mercato assicurativo. — 6. Rilievi conclusivi.

1. Il diritto europeo delle assicurazioni: verso una disciplina comune nel settore assicurativo

Il processo di integrazione europea invita a riflettere sul ruolo svolto dalla scienza giuridica di matrice civilistica, in particolare nella redazione di un quadro di principi per la disciplina dei rapporti privati¹. L'elaborazione di un diritto privato europeo segue l'idea di un'Europa come integrazione tra Stati che, oltre una certa misura, non può realizzarsi senza un'integrazione normativa².

La genesi e lo sviluppo di un nuovo modo di intendere il rapporto contrattuale è giustificata dalla necessità di fornire un'adeguata tutela ai contraenti che si trovano in condizioni di disparità contrattuale³, sul piano normativo, economico e sociale⁴. Così, si

* Ricercatrice a tempo determinato di Diritto privato presso l'Università telematica Leonardo da Vinci.

¹ V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 239 ss. che, acutamente, avverte: «E non vi è dubbio che l'Europa chiama oggi anche il pensiero giuridico a una nuova sfida, a una nuova e più impegnativa assunzione di responsabilità: fornire quell'indispensabile contributo di proposte e di idee in grado di portare a compimento il processo di costruzione di un *commune ius civile* europeo, da tempo ormai nei voti dell'Unione».

² C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837.

³ V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 248. «La normativa europea si è dimostrata particolarmente sensibile a tale esigenza e ha reagito sia nei c.d. contratti del consumatore sia in quelli d'impresa, ricorrendo spesso a misure espropriative del potere contrattuale di dettare regole e queste il più delle volte hanno attratto nell'orbita conformativa e modellatrice della norma oppure ne ha disposto l'integrazione e/o la correzione, in nome del c.d. equilibrio contrattuale o di un non meglio identificato

rende necessario l'uso di un quadro di principi e regole adottati in modo uniforme dagli Stati europei che aspiri ad essere una disciplina generale, costruita su principi e clausole generali espressione di valori e diritti, sull'esempio dei *Principi Lando* e di quelli *Unidroit*⁵. Tra le iniziative adottate a livello europeo in materia di diritto dei contratti, si annoverano i *Principles of European Contract Law* (PECL), frutto dell'iniziativa promossa dalla *Commission on European Contract Law*, ora parte integrante del lavoro redatto dallo *Study Group*⁶. A tale progetto si aggiunge il *Code Européen des Contrats* redatto dall'*Académie des Privatistes Européens*, prendendo a modello il Libro IV del Codice civile italiano⁷. Diversamente dai PECL, tale progetto si caratterizza per l'adozione di una tecnica di stampo legislativo, che fa da sfondo all'attività di codificazione. Tra le iniziative promosse a livello europeo, è opportuno segnalare l'attività svolta dall'*European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL), con sede a Vienna⁸ che ha dato vita ai *Principles of European Tort Law*, destinati a costituire una possibile base per una futura codificazione del diritto europeo nel settore della

principio di equa negoziazione, sovente per il tramite dell'uso spregiudicato, in versione protettiva, dell'antico rimedio della nullità».

⁴ F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 509. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

⁵ V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 265, ove pone in evidenza che dal punto di vista costruttivo il problema di fondo resta quello di fissare il livello positivo dell'unità. A soddisfare tale esigenza «potrebbe essere sufficiente lo strumento di un ben articolato e opportunamente orientato *Common Frame of Reference* (CFR), di recente rilanciato e messo a punto dalla Commissione, purché sostenuto dalla più ampia partecipazione rappresentativa (niente tecnocrati e burocrati) come pure da forme di massimo e corale coinvolgimento della cultura giuridica (no a *elites* non designate dalla comunità scientifica) e in ogni caso non limitato al solo diritto contrattuale e inoltre a carattere vincolante (*hard*) e non semplicemente opzionale (*soft*)».

⁶ R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2007, p. 451 ss., spec. 456. La commissione Lando e lo *Study Group* si fondano su delle iniziative private, essi non hanno alcuno statuto ufficiale né forma di legittimazione politica. «Il constituant des formes spécifiques de coopération universitaire internationale et peuvent ainsi être considérés comme les manifestations d'une eupéanisation de la science juridique».

⁷ A. MANIACI, *Contrats bancaires, financiers, de garantie et d'assurance dans les colloques de l'académie des privatistes européens*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2008, p. 763 ss. descrive l'attività svolta dall'Accademia dei giusprivatisti pavesi che ha redatto il Libro primo del *Code européen des contrats* in tre edizioni (2001, 2002 e 2004), il Libro secondo nel 2006 e, da ultimo, nel 2007 il gruppo di lavoro si è riunito per avviare una sessione dedicata ai contratti di garanzia personale e assicurativi. L'A. pone in rilievo: «Quant aux contrats d'assurance, on a remarqué que la diffusion de certaines nouvelles formes techniques d'assurance sur la vie, dans lesquelles la composante financière prévaut sur la composante d'assurance, suggère l'opportunité [...] d'encadrer ces contrats au sein des contrats bancaires et financiers, en considération de leur affinité socio-économique».

⁸ R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*, cit., p. 471, che pone in evidenza il successo ottenuto dalla Commissione Lando sul piano delle collaborazioni, che si è esteso fino all'area della responsabilità civile.

responsabilità civile⁹. A tali progetti, di segno accademico, si affiancano altri progetti di matrice istituzionale, in particolare quello volto a favorire una revisione dell'*acquis* comunitario in materia di diritto europeo dei contratti, al fine di assicurare maggiore coerenza al diritto contrattuale europeo, mediante l'elaborazione di un piano d'azione che coinvolga i referenti istituzionali, la comunità degli operatori del diritto e i rappresentanti di gruppi interessati. È in tale contesto che è stato costituito l'*Acquis Group*, al fine di elaborare un quadro di Principi di diritto comunitario in materia contrattuale. Tale articolato ha visto la luce nel 2008 ed il suo nucleo fondamentale è stato, successivamente, incorporato nel «*Common Frame of Reference*»¹⁰. L'articolato di principi denominato *Draft Common Frame of Reference*¹¹ si fonda sulla finalità di favorire il processo di europeizzazione¹² del diritto privato¹³. Il progetto segue le linee tracciate dai *Principles of European Contract Law*, elaborati dalla Commissione Lando, ed opera come strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo¹⁴. Di segno diverso è il Progetto che ispira l'iniziativa intitolata *The Common Core of European Private Law* che si prefigge lo scopo di individuare un nucleo comune del diritto privato europeo, basandosi sulla tecnica del *factual approach*, mediante un

⁹ M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 426. «Nella redazione di questi principi, l'*European Group on Tort Law* ha intenzionalmente negletto di selezionare le regole maggiormente diffuse presso le giurisdizioni europee, preferendo piuttosto ricercare la soluzione volta a volta considerata "migliore" – anche quando essa non corrispondeva ad una pratica condivisa, od anche solo esistente, tra le giurisdizioni europee».

¹⁰ Ampi riferimenti in G. ALPA, G. CONTE e L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di G. ALPA, Torino, 2009, p. 2 ss., spec. 102. «Il Draft, come è noto, non nasce da una penna sola, ma risulta dalla confluenza di più ricerche, di più testi, di più iniziative, aventi molti protagonisti e finalità diverse tra loro. L'albero genealogico del corpo di regole che gli stakeholders sono chiamati a valutare risale per una parte ai principi dell'*acquis communautaire* (ACQP), dall'altra ai principi del *European Civil Code* (PECC); a loro volta entrambi questi progetti discendono dai PECL; i PECL si ispirano ai PICC, ed entrambi si ispirano ai principi della CISG». S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.

¹¹ H. HEISS, «I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione» (PDECA), in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 5 ss., spec. 16, ove scrive: «Il dibattito accademico internazionale in Europa potrebbe poggiare sulle norme comuni tratte dal Quadro Comune di Riferimento. Questo strumento potrebbe, entro certi limiti, fornire all'Europa un linguaggio giuridico comune, alla stregua del significato assunto dal latino sino a quando le codificazioni nazionali sostituirono lo *ius commune*».

¹² D. MAZEAUD, *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2010, p. 1 ss.

¹³ W. DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1205 ss., spec. 1215.

¹⁴ G. AJANI, *Acquis comunitario*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2009, p. 3.

confronto diretto delle soluzioni adottate nei diversi sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione¹⁵.

Di particolare interesse è l'attività svolta dal gruppo di lavoro diretto dal Prof. Helmut Heiss che ha coordinato un progetto finalizzato a promuovere l'adozione di un articolato di Principi di diritto europeo in materia di contratto di assicurazione, c.d. *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL)¹⁶. Tale gruppo ha operato un *Restatement* del diritto europeo, al fine di favorire un processo di unificazione, a livello sovranazionale, dei rapporti contrattuali assicurativi¹⁷. Fondamentale, in tale prospettiva, è la creazione di una rete europea di diritto privato, «CoPECL Network» che si muove sulla scia di un'iniziativa adottata dalla Commissione europea, avente ad oggetto alcune proposte di riforma in diverse materie, fra cui quella relativa alla riformulazione del diritto europeo del contratto di assicurazione.

I PEICL, pubblicati nell'agosto del 2009, si traducono in una serie di regole generali volte a favorire lo sviluppo di un diritto comune europeo in materia di contratti assicurativi.

I Principi di diritto europeo dei contratti di assicurazione si muovono nel solco dell'articolato normativo del *Draft Common Frame of Reference* e si prefiggono l'obiettivo di introdurre una disciplina coerente ed unitaria dei contratti di assicurazione¹⁸. L'opera di «*Restatement of European Insurance Contract Law*», si è, dunque, tradotta nell'elaborazione dei *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), primo modello di strumento opzionale nel diritto contrattuale europeo in materia assicurativa. I Principi di diritto contrattuale europeo delle assicurazioni si suddividono in quattro parti, la prima dedicata alle disposizioni comu-

¹⁵ M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, cit., p. 442. L'a. che, unitamente a Ugo Mattei, dirige l'iniziativa, scrive: «La metodologia adottata dal *Common Core* poggia essenzialmente sul cosiddetto approccio fattuale e sulla dissociazione dei formanti. Alla base del *Common Core* vi è, cioè, l'idea che non si possa ottenere una conoscenza approfondita di un dato sistema affidandosi esclusivamente alle descrizioni che i giuristi nazionali offrono di esso. [...] I partecipanti al *Common Core* si sono dati il compito di stendere una "mappa" affidabile del diritto privato europeo e cercano di "disegnare" su quella carta i risultati della comparazione».

¹⁶ J. BASEDOW, J. BIRDS, M. CLARKE, H. COUSY, H. HEISS, (a cura di), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009.

¹⁷ H. HEISS, «I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione» (PDECA), cit., p. 10. «Dalla sua fondazione, nel 1999, il Gruppo di Progetto ha elaborato i Principi di Diritto Europeo del Contratto di Assicurazione. Modellati sui «*Restatements of the Law*» statunitensi, al pari di quanto aveva fatto precedentemente la c.d. Commissione Lando. [...] In riferimento a ciò, si segnala che i Principi di Diritto Contrattuale Europeo si pongono alla stregua di *lex generalis* rispetto ai Principi di Diritto europeo dei Contratti di Assicurazione».

¹⁸ C. ARMBRÜSTER, *The Principles of European Insurance Contract Law*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 1029 ss.

ni, la seconda alla copertura assicurativa, la terza relativa alla disciplina delle assicurazione di somme fisse e l'ultima parte riservata alle disposizioni speciali.

Nell'articolato normativo dei PEICL particolare rilievo è assegnato ai principi di buona fede e lealtà, ponendo a carico dei contraenti l'obbligo specifico di adottare una condotta improntata alla correttezza contrattuale, sia nella fase delle trattative che nell'esecuzione del contratto.

Rilevante, in tal senso, è la previsione di cui all'art. 2:101¹⁹ che si colloca sotto la sezione (*Applicant's Pre-contractual Information Duty*), e concerne l'adempimento degli obblighi informativi, il c.d. *Duty of Disclosure*, nel momento della formazione del contratto di assicurazione. Tale disposizione si traduce concretamente nel dovere, da parte dell'assicurato, di informare l'assicuratore della presenza di circostanze ed elementi che possono incidere sulla determinazione del contenuto del contratto, in particolare in riferimento al rischio contrattuale. L'art. 2:102 riconosce all'assicuratore il diritto di proporre una modifica ragionevole del contratto o di chiederne la risoluzione nel caso in cui vi sia stata violazione degli obblighi di informazione incombenti sull'assicurato, ai sensi dell'art. 2:101.

Nei *Principles of European Insurance Contract Law*²⁰ entrambi i contraenti devono improntare la loro condotta al rispetto dei principi di correttezza e ragionevolezza²¹, quali canoni ermeneutici dell'agire contrattuale. In tale prospettiva, più che affidarsi a criteri di natura soggettiva, verificando di volta in volta quale sia il parametro da adottare per integrare il concetto di ragionevolezza, sarebbe forse più opportuno richiamare l'operatività dei principi generali del diritto dei contratti, fra cui spicca il dovere di buona fede, privilegiando un

¹⁹ Article 2:101. Duty of Disclosure: (1) When concluding the contract, the applicant shall inform the insurer of circumstances of which he is or ought to be aware, and which are the subject of clear and precise questions put to him by the insurer.

²⁰ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 1009 ss. spec. 1013. «Il diritto del contratto di assicurazione presenta convergenze molto significative nei vari Stati, anche esterni agli spazi europei. Le convergenze fanno premio sulle divergenze, quanto meno per quanto riguarda le regole di base e i principi fondamentali».

²¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 3^a ed., 2006, p. 491, fa notare come il parametro della ragionevolezza si espliciti quale principio fondamentale anche all'interno del dettato costituzionale: «Misure del mercato finanziario, valutario, creditizio, di politica tributaria non possono non essere discrezionali, anch'esse necessariamente sottoposte al vaglio della ragionevolezza costituzionale». E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4^o Convegno nazionale S.i.s.d.i.c., Napoli, 2010, p. 187. ID., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss. E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010. A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 643.

approccio oggettivo, al fine di operare un controllo sui termini del regolamento contrattuale, in caso di violazione degli obblighi informativi da parte dell'assicurato²².

2. Il contratto di assicurazione: riflessioni di diritto comparato

Il contratto di assicurazione²³ è, per sua natura, un modello negoziale a forte vocazione transnazionale destinato a regolare, mediante meccanismi assicurativi di garanzia, i rapporti fra contraenti aventi sedi e nazionalità diverse. Il processo di europeizzazione del diritto privato ha fortemente inciso sulla fisionomia dei contratti di assicurazione, contribuendo a ridisegnarne i confini normativi. L'evoluzione che ha interessato i contratti di assicurazione²⁴, si spiega sia alla luce della necessità di far fronte alle esigenze delle moderne contrattazioni, sia nella volontà di rendere la disciplina dei contratti assicurativi²⁵ più vicina all'attuale contesto socio-economico²⁶.

La stessa linea di demarcazione che, tradizionalmente, separa il modello di *common law*²⁷ da quello di *civil law* sembra assumere, nella disciplina dei contratti assicurativi, contor-

²² G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, in *Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 417.

²³ Sul tema, ampiamente, O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009.

²⁴ L. DESIDERIO, *La riforma della disciplina del contratto assicurativo nel progetto di Codice delle assicurazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 605 ss. L'a. si domanda se «si sia perduta un'occasione di ammodernamento di quella disciplina, sottraendone la possibilità alla legge delega con la quale è stato emanato il Codice delle assicurazioni».

²⁵ L. DESIDERIO, *op. cit.*, p. 606, fa notare che di tanto fervore riformistico, «sostanzialmente resta nel Codice la sola disposizione dell'art. 165 secondo cui i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione vengono disciplinati dalle norme del Codice civile, tuttavia "fermo restando quanto diversamente disposto dal presente Codice"».

²⁶ Numerosi sono le riflessioni e i contributi di recente prodotti in materia di mediazione e conciliazione nei contratti assicurativi. P. NEGRI e C. STOLFI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Riflessi del nuovo istituto nell'ambito del settore assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 907 ss. F. MANIARI, *Mediazione e assicurazione: cogliere le opportunità*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 993 ss. M.C. PAGNI e G. BONIVENTO, *La mediazione: esempi di successo nel settore assicurativo e riassicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 983 ss. Si veda, in generale: F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 54 ss. che osserva: «Il riferimento alla materia civile e commerciale rivela chiaramente l'influsso comunitario che sta alla base della nuova disciplina, la quale rappresenta l'attuazione della direttiva europea relativa a taluni aspetti della mediazione civile e commerciale. Il riferimento alla materia civile e commerciale è del resto tipico della legislazione comunitaria che individua, in questa materia, un settore strategico per le politiche promozionali del mercato interno. Quel riferimento deve essere adattato all'ordinamento italiano nel quale il binomio civile-commerciale, privo di valore formale dopo l'ormai remota unificazione dei codici, ha assunto una portata "specializzante" e "professionalizzante"».

²⁷ M. BUSSANI, *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2010, p. 7 ss., spec. p. 14.

ni sempre più sfumati²⁸. *Common law* e *civil law* non sono ovviamente due fatti naturali, ma nemmeno due fatti storici: sono, al contrario, due classificazioni che i giuristi occidentali hanno dato²⁹. L'esistenza di categorie dogmatiche distinte tra i sistemi di *common law* e *civil law* non deve, tuttavia, indurre a ritenere eccessivamente distanti tali modelli giuridici, il progressivo avvicinamento tra questi sistemi si può cogliere proprio nel processo di armonizzazione promosso dal diritto privato europeo³⁰. La contrapposizione, riconducibile alla suddivisione fra diritto codificato e diritto giurisprudenziale ha, dunque, progressivamente assunto contorni più sfumati³¹. Lo stesso modo di intendere i rapporti tra *civil law* e *common law* in termini non più solo di contrapposizione, ma anche di distinzione inclusiva favorisce il venir meno di un'incompatibilità che, tradizionalmente, si riconduceva a culture antagoniste³².

²⁸ M. BUSSANI, *op. cit.*, p. 16 che osserva, a proposito delle differenze tra le due aree giuridiche: «Ces dernières sont cependant mieux connues des comparatistes et des praticiens du droit du commerce international que de toute autre figure juridique».

²⁹ A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 7 ss.

³⁰ F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 211 ss., spec. 243, ove, a proposito del rapporto tra *common law* e *civil law*, scrive: «Remonter plus en arrière, à la recherche du droit romain préromaniste, c'est, contre toute attente, le moyen de jeter un pont sur la Manche, car si la *common law* est totalement étrangère au droit romain du Moyen-âge, elle est curieusement très proche, dans son architecture et ses concepts, de la logique romaine originelle». In argomento si veda: F. CARPI, *Introduzione*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 2. «Con le prospettive dell'armonizzazione e le riforme processuali moderne, le distinzioni fra le vecchie categorie si stanno spezzando. I giudici di *common law* stanno diventando più attivi ed interventisti; l'interesse per l'oralità del dibattito sta aumentando nei paesi di *civil law* (salvo che in Italia!)».

³¹ A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, cit., p. 12, secondo cui: «il contrapporre i sistemi di *common law* a quelli di *civil law* solo sulla base del fatto che i primi riconoscono al diritto giurisprudenziale il ruolo ed il rango di fonte del diritto non fa senso alcuno. Vi sono troppi dati che non quadrano con tale assunto. [...] il diritto delle obbligazioni e dei contratti è stato in Germania più diritto giurisprudenziale che beghebeano, tant'è che la riforma dello *Schuldrecht* del 2002 è stata un *restatement* della giurisprudenza oltre che una sistemazione del diritto di origine comunitaria; la responsabilità civile è settore affidata al diritto giurisprudenziale in Francia ed in Italia, al punto che in quest'ultimo Paese la giurisprudenza si permette di abrogare, o comunque riscrivere *funditus* una norma cardine del sistema codicistico come il 2059 poiché essa non è più allineata con l'evoluzione del diritto giurisprudenziale». Sulla stessa linea V. VARANO, *Civil law e common law: comparazione e cultura*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 41. «È ormai assai diffusa, fra i comparatisti non solo italiani, la tendenza ad attenuare la netta "contrapposizione" fra *civil law* e *common law*».

³² L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 773 che rileva: «In questo senso, la stessa contrapposizione *civil law*-*common law* cessa di essere solo e soprattutto la linea di confine tra culture antagoniste geograficamente collocate o collocabili, per essere – se così posso dire – interiorizzata come componente dialettica di ogni esperienza giuridica, all'interno della quale – cioè – vive sia l'anima di *civil law*, sia l'anima di *common law*».

I sistemi giuridici di *civil law* e di *common law* «rispondono a modi culturalmente caratterizzati e orientati di concepire e praticare il diritto»³³, anche se appare sempre più evidente che la cornice europea prospetta uno scenario differente, ove la dicotomia *civil law* – *common law* è destinata, sul piano giuridico, «a cedere il passo in favore di un sapere giuridico – che al giorno d’oggi non può mancare di farsi – sempre più dialettico e problematico, nel senso di essere orientato verso temi e problemi a base della (di ogni) esperienza giuridica»³⁴.

In effetti, la differenza tra i sistemi di *civil law* può essere maggiore rispetto a quella esistente fra il diritto francese e il diritto inglese o il diritto tedesco e il diritto inglese³⁵. La stessa espressione *common law* che, tradizionalmente, viene contrapposta al diritto continentale, rafforza l’idea che una struttura statuale che voglia incarnare in qualche modo l’idea di unità ha bisogno di un diritto comune: *common law* appunto³⁶. Da sempre uno dei terreni di elezione della comparazione giuridica è il confronto fra il modello di *civil law* e *common law*³⁷. In tale prospettiva, risulta decisivo l’apporto del diritto comparato³⁸, sia per superare rigidi schematismi concettuali fra aree giuridiche, sia per favorire quel processo di europeizzazione del diritto privato di cui tanto si discute³⁹. Così, il diritto comparato rappresenta lo strumento per dare un senso, una direzione al diritto privato europeo, affrancandolo da un eccessivo tecnicismo istituzionale, al fine di promuovere un’interazione fra modelli giuridici nazionali e modello europeo⁴⁰.

³³ L. MOCCIA, *op. cit.*, p. 774.

³⁴ L. MOCCIA, *op. cit.*, p. 775.

³⁵ R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l’eupéanisation du droit privé*, cit., p. 467.

³⁶ Così, C. CASTRONOVO, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.

³⁷ G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 928.

³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *Deux siècles d’évolution du droit compare*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2011, p. 527 ss., spec. 538. «Qu’il s’agisse de la formation du droit européen ou International, la comparaison des droits nationaux demeure indispensable. [...] Dans cet environnement juridique complexe, le comparatiste découvre les interactions et superpositions des sources de droit; il tâche de les redonner et, parfois, entreprend d’unifier le droit afin de mettre fin à certains conflits de lois, au moins dans une région donnée». Si veda inoltre: A. VON BOGDANDY, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 225 ss.

³⁹ R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l’eupéanisation du droit privé*, cit., p. 457. «L’idée que l’eupéanisation du droit privé dépend de façon décisive d’une eupéanisation de la formation des juristes dans les différentes universités à travers l’Europe est aujourd’hui largement acceptée».

⁴⁰ A. WIJFFELS, *Le droit comparé à la recherche d’un nouvel interface entre ordres juridiques*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2008, p. 228 ss. A. MANSOURI, *Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé*, in *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2006, p. 173 ss. B. JALUZOT, *Méthodologie du droit compare. Bilan et prospective*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 29 ss.

In materia di contratti assicurativi l'apporto del diritto comparato è particolarmente utile⁴¹, funzionando come strumento in grado di far conoscere la disciplina normativa adottata nei diversi modelli giuridici⁴², al fine di favorire l'elaborazione di soluzioni che potrebbero avere un elevato grado di compatibilità a livello europeo⁴³.

3. Il modello francese

In Francia il diritto delle assicurazioni si caratterizza per una pluralità di statuti, ciascuno corrispondente ad un diverso tipo contrattuale⁴⁴. Si va dal contratto di assicurazione contro i danni, all'assicurazione sulla vita, all'assicurazione per l'esercizio dell'attività edile, per la quale sussiste l'*assurance dommages-ouvrage* che prevede, prima della realizzazione dell'opera di costruzione, la stipula di un contratto di assicurazione⁴⁵.

Fondamentale, nel tracciare il quadro ricostruttivo del contratto di assicurazione nel modello francese, è una riflessione sull'apporto della giurisprudenza nella materia del contratto di assicurazione, in particolare in materia di rischio assicurato e di responsabilità per condotta dolosa. Sulla dichiarazione di rischio, la *Cour de cassation* ha ritenuto sussistente una responsabilità dell'assicuratore nel caso di produzione in giudizio del questionario recante informazioni non veritiere circa la natura o l'entità del rischio assicurato⁴⁶, salva l'ipotesi di dichiarazione fatta dall'assicurato, esclusivamente di sua iniziativa, prima della conclusione

⁴¹ R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2010, p. 319 ss. Su tale aspetto: O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. di R. FAVALE, Napoli, 2009, p. 45 ss. In argomento P. LERNER, *A proposito dell'armonizzazione, del diritto comparato e delle loro connessioni*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 489 ss. «Il diritto comparato è una espressione intellettuale della disciplina giuridica che, partendo da una base teorica, spazia più per analizzare realtà giuridiche diverse».

⁴² R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, p. I., *Diversità, variazione e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss. Fondamentale, in tale ottica, il legame che si instaura fra diritto e lingua, che già rilevava: H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Parigi, 1930, p. 7 ss. «La langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu». S. CHATILLON, *Droit et langue*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2002, p. 687 ss.

⁴³ M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 420, ove scrive: «Gli esiti di queste ricerche si traducono poi in un articolato, corredato di note esplicative circa la funzione attribuita alle singole norme e da un commento centrato sul confronto tra quelle norme e le regole vigenti a livello nazionale».

⁴⁴ H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE e M. ASSELAINE, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Parigi, 2008.

⁴⁵ Per un quadro ricognitivo generale, si veda: H. GROUDEL, *Droit des assurances terrestres*, in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1926 ss.

⁴⁶ In tal senso: Cass. 15 febbraio 2007, n. 05-20.865, in *Dalloz*, 2007, p. 1635, con nota di D. NOGUÉRO.

del contratto⁴⁷. Il contenuto della dichiarazione incide direttamente sulla determinazione del rischio assicurato. In tale ottica, assume particolare rilievo, ai fini della valutazione della condotta dell'assicurato, accertare se egli abbia agito in buona o mala fede, con evidenti riflessi sul piano applicativo. Sull'assicurato incombe l'obbligo di informare correttamente e pienamente l'assicuratore, obbligo che incide direttamente sulla conformazione del contenuto del contratto, in particolare in riferimento alla determinazione del rischio assicurato, e costituisce una diretta esplicitazione del più generale dovere di buona fede in materia contrattuale (art. 1134, comma 3, *c.c.*). L'accentuarsi degli obblighi informativi nei contratti di assicurazione investe sia la fase precontrattuale che contrattuale⁴⁸. La giurisprudenza, da circa una trentina d'anni, ritiene che l'assicuratore non può far valere la nullità del contratto nel caso in cui sia a conoscenza della falsa dichiarazione resa dall'assicurato⁴⁹. Ne consegue che l'assicuratore non può rilevare la nullità del contratto di assicurazione, ai sensi dell'art. 113-8 *Code des assurances*, nel caso in cui il suo mandatario sia a conoscenza della falsa dichiarazione prestata dall'assicurato.

Il *Code des assurances* prevede, inoltre, all'art. 112-4, che le clausole di polizza che sanciscono nullità, decadenze o esclusioni non sono valide se non sono adeguatamente poste in evidenza. Appare chiaro che, in tale ambito, si pone un problema sia di individuazione della clausola in termini di riconoscibilità della stessa, sia di controllo del suo contenuto, al fine di accertare la sua validità e proteggere il contraente assicurato, *partie faible* nel rapporto negoziale.

Dai profili giurisprudenziali indagati emerge il potere riconosciuto, in Francia, al giudice, che non solo è chiamato ad interpretare la *regula iuris* ma, nel ricondurre la norma al

⁴⁷ Cass. 19 febbraio 2009, n. 07-21655, in *Dalloz*, 2009, p. 2788, con nota di C. MÉZEN. Il caso concreto su cui si fonda la pronuncia della *Cour de cassation* del 2007, riguardava una società di gestione portafoglio che al momento di sottoscrivere un'assicurazione per responsabilità professionale, aveva omesso di dichiarare che era stata promossa dinanzi alla Commissione per le operazioni di borsa un'azione disciplinare contro la medesima società. La Corte d'appello aveva dichiarato la nullità del contratto, sul presupposto che non era stato rilevato che l'assicuratore aveva posto una clausola che imponeva all'assicurato il dovere di dichiarare la procedura di controllo. La Corte d'appello in sede di rinvio, a seguito di annullamento della sentenza da parte della Suprema Corte, ha confermato il *decisum* della Corte di cassazione, con sentenza del 3 giugno 2010, n. 09-14876. L'assicuratore sosteneva che vi fosse un vizio del consenso, supponendo una condotta dolosa dell'assicurato, invocando l'operatività della previsione *ex art. 1116 code civil*, in quanto l'assicuratore aveva, volontariamente, omesso di informare l'assicurato delle modifiche intervenute a livello professionale. Da ultimo, si segnala, in argomento, la sentenza della Cass. 13 gennaio 2011, n. 10-12806.

⁴⁸ Sia consentito il rinvio a: M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009, p. 229.

⁴⁹ Cass. 31 marzo 1981, n. 79-15707, in *Dalloz*, 1982, p. 97 con nota di C.-J. BERR e H. GROUDEL.

caso concreto, realizza, mediante l'attività ermeneutica, una funzione evolutiva della disciplina legale⁵⁰.

Nella circolazione dei modelli giuridici un ruolo fondamentale è svolto, allora, proprio dall'apporto creativo dei giudici che favorisce un meccanismo di circolazione delle idee⁵¹.

4. Il modello inglese

Se si guarda al modello di *common law* ed, in particolare, al diritto inglese, si possono cogliere significativi profili di convergenza rispetto al modello italiano⁵², in materia di obblighi informativi nel contratto di assicurazione⁵³. L'informazione attiene al bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto, e riveste particolare rilievo nel settore assicurativo⁵⁴.

⁵⁰ Da qualche anno si registra un significativo filone giurisprudenziale che, proprio in materia di assicurazione per responsabilità professionale, ritiene necessario gestire il verificarsi di sopravvenienze relative a danni che, inevitabilmente, possono prodursi anche a distanza di tempo. In tal senso si veda: Cass. 22 settembre 2005, n. 04-17232, in *Dalloz*, 2006, p. 1784, con nota di H. GROUDEL.

⁵¹ G. F. FERRARI e A. GAMBARO, *Le Corti nazionali ed il diritto comparato. Una premessa*, in *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di G. F. FERRARI e A. GAMBARO, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, VIII.

⁵² Si veda: F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010, p. 632, che fanno notare: «L'equilibrio causale del contratto può, fin dall'origine, essere alterato dalle dichiarazioni inesatte o dalla reticenza dell'assicurato, che traggono in inganno l'assicuratore sull'entità del rischio assunto e, quindi, sul rapporto tra questo e l'ammontare del premio [...]. Qui il codice protegge l'assicuratore con norme più esplicite dei principi di diritto comune sull'annullamento del contratto per errore (art. 1428 cod. civ. it.) o per dolo (1439 cod. civ. it.): se l'assicurato aveva agito con dolo o colpa grave, l'assicuratore può, entro tre mesi dalla scoperta dell'inesattezza della dichiarazione o della reticenza, chiedere l'annullamento del contratto (art. 1892 cod. civ. it.); se, invece, l'assicurato aveva agito senza dolo o colpa grave [...], l'assicuratore può, entro lo stesso termine, recedere dal contratto, e per il sinistro, eventualmente verificatosi prima della scoperta, è dovuto un indennizzo inferiore a quello contrattualmente previsto e adeguato al vero stato delle cose (art. 1893 cod. civ. it.)».

⁵³ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 527 ss. «La materia del contratto di assicurazione, vuoi per la sua origine da ricondursi alla *lex mercatoria*, come noto da sempre, ha costituito una sorta di diritto speciale o corporativo a carattere transnazionale, vuoi per le sempre maggiori similitudini in materia contrattuale esistenti nel diritto europeo», mostra un fondo comune ai vari diritti nazionali.

⁵⁴ V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macro settore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, p. 334 ss., spec. 342. In ordine ai settori e alle attività svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vi è il macrosettore credito e assicurazioni e, a proposito dei provvedimenti relativi ai settori assicurativi, gioca un ruolo fondamentale il parametro del consumatore medio, «figura ipotetica da ricostruirsi sulla base di fattori sociali e culturali di carattere generale, prescindendo da ogni collegamento con la – eventuale – fattispecie concreta, e che, sostanzialmente è irrilevante che nei casi concretamente portati a conoscenza dell'Autorità la pratica abbia o non abbia avuto l'effetto di falsare il comportamento dei consumatori effettivamente coinvolti».

Nel *corpus* normativo del Codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) sono regolati sia i prodotti assicurativi⁵⁵, sia la disciplina della pubblicità dei prodotti assicurativi⁵⁶. Tali previsioni sono state pensate al fine di eliminare le asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto tra assicurato e impresa di assicurazione, squilibri che derivano proprio dal diverso grado e dalla diversa intensità delle conoscenze⁵⁷. In tal senso, appaiono fondamentali alcune previsioni introdotte nel Codice delle assicurazioni che hanno recepito la tendenza, manifestata a livello europeo⁵⁸, diretta a garantire un'effettiva tutela della trasparenza e della corretta informazione in ambito contrattuale. In particolare, il tema delle mancate o inesatte informazioni assume rilievo sotto il profilo della condotta dell'assicurato che ha fornito all'assicuratore comunicazioni inesatte o non gli ha comunicato circostanze rilevanti⁵⁹. Così, la responsabilità dell'assicurato sorge nel momento in cui l'assicurato non abbia adempiuto correttamente all'obbligo di informazione, particolarmente accentuato quando fra le parti vi siano asimmetrie informative e conoscitive significative⁶⁰. L'assicurato è, dunque, gravato da un onere informativo più ampio

⁵⁵ C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2130 ss.

⁵⁶ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 543, «La norma demanda all'Isvap il compito di emanare norme di dettaglio sul contenuto e sullo schema della nota informativa, con la possibilità di implementare, per le assicurazioni sulla vita e solamente per questo settore, lo standard informativo fissato dal legislatore. In particolare il legislatore conferisce all'Isvap il potere di fissare con un regolamento le informazioni supplementari, rispetto a quelle sopra elencate, che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto, ed in particolare quelle che riguardano i costi e i rischi e le operazioni in conflitto di interessi».

⁵⁷ C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, cit., p. 2132. L'obiettivo di superare le asimmetrie informative nel rapporto assicurativo, è comune a tutte le norme presenti nel Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private, «quindi non solo alla pubblicità ma anche agli obblighi di comportamento (art. 183), agli obblighi di comunicazione (art. 185) e all'interpello (art. 186), ma, con l'introduzione di regole sulla pubblicità, ivi compresa quella connessa a prodotti assicurativi, il legislatore ha fatto proprie le istanze provenienti dalle teorie meno benevole nei confronti della pubblicità cercando di raggiungere un obiettivo specifico: quello di evitare che il messaggio pubblicitario sia scorretto ossia contenga menzogne e sia, pertanto, ingannevole, e ciò è avvalorato dalla circostanza che al momento della diffusione del messaggio pubblicitario [...] non si conosce il soggetto cui il messaggio è diretto e quindi sarebbe difficile comprendere anche il livello delle asimmetrie informative in modo da fornire tutte le informazioni che possano equiparare il livello di conoscenza fra impresa ed assicurato».

⁵⁸ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 538, ove pone in evidenza: «Il Titolo XIII del Codice delle assicurazioni è dedicato proprio alla “Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato”».

⁵⁹ S. NITTI, *op. cit.*, p. 536.

⁶⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 169. «Vengono in gioco prima di tutto doveri d'informazione: particolarmente marcati quando fra le parti vi siano [...] asimmetrie informative. La parte che conosce (o dovrebbe conoscere) dati rilevanti per la valutazione del contratto, e sa (o dovrebbe sapere) che controparte invece li ignora, ha il

rispetto a quello che investe i contraenti nella fase delle trattative, in quanto è tenuto a fornire all'assicuratore, in una logica di cooperazione e collaborazione, tutte le informazioni ritenute necessarie per definire i termini e le condizioni del contratto⁶¹.

Nel sistema giuridico inglese il contratto di assicurazione trae la sua regolamentazione dal formante giurisprudenziale, fondato sulla *case law*. Il diritto inglese in materia di contratto di assicurazione è tuttora considerato parte del *common law*.

Nonostante la lunga tradizione giurisprudenziale in materia assicurativa e l'emanazione di *statutes* di regolazione di settore, manca nel diritto inglese una definizione univoca di diritto delle assicurazione⁶². Nel modello inglese, «le vicende del contratto di assicurazione hanno un fondamento affatto particolare, che impone ai giudici di leggere ogni “fonte” esterna alla luce del quadro di regole tramandate. Questo è probabilmente uno degli aspetti di maggiore interesse nella prospettiva dell'adattamento del diritto alle novità e ai fattori che incidono su mondo assicurativo»⁶³.

Pur non essendo ancora pervenuti all'emanazione di una riforma organica del diritto dei contratti di assicurazione, il tema è fonte di un acceso dibattito non solo tra gli studiosi e le categorie di operatori economici interessati, ma anche a livello istituzionale⁶⁴, e nell'ordinamento inglese è sempre più avvertita l'esigenza di elaborare un sistema di regole volto a disciplinare i contratti di assicurazione.

La diffusione dei contratti assicurativi si va affermando, progressivamente, nel mondo degli affari, ove la circolazione della ricchezza e il flusso di ingenti capitali ha imposto, al fine di garantire sicurezza ai traffici commerciali, la creazione di condizioni *standard* applicabili a tale categoria di contratti. L'assenza di *regulation* se da una parte garantisce una maggiore libertà nella disciplina dei contratti assicurativi, con evidenti

dovere di informarne la controparte. È però importante delimitare ragionevolmente questo dovere, perché ogni reticenza fra le parti è illecita».

⁶¹ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 537 ove osserva: «La tutela del contraente/consumatore non è certamente estranea al legislatore comunitario il quale, con varie disposizioni, ha veicolato il c.d. obbligo di trasparenza che si concretizza nel dovere, per il contraente forte, di fornire alla controparte informazioni nella fase precontrattuale attraverso il testo contrattuale e gli allegati dello stesso, in modo da consentire all'assicurato “una effettiva conoscibilità del regolamento contrattuale».

⁶² J. BIRDS e N.J. HIRD, *Birds' Modern Insurance Law*, 6 ed., London, 2004, p. 1 ss.

⁶³ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 55.

⁶⁴ M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 20.

benefici a favore degli assicurati in termini sia di coperture offerte che di costi⁶⁵, dall'altra non appare in linea con le tendenze emergenti a livello europeo.

In tale prospettiva, significativa è la rilevanza assegnata al dovere di informazione (*Duty to disclose*), in particolare nei *Principles of European Contract Law* il dovere di informazione assurge a principio cardine nella materia contrattuale, applicabile sia alla fase delle trattative che dopo la conclusione del contratto⁶⁶. Si va sempre più consolidando la tendenza alla contrattualizzazione dei doveri di informazione, in tal senso particolarmente significativo è l'art. 6:101 dei *Principles of European Contract Law* che prevede che la dichiarazione fatta da una parte prima o al momento della conclusione del contratto sia fonte di obbligazioni contrattuali, se l'altra parte così l'ha intesa⁶⁷. Il diritto dei contratti attinge qui un forte elemento di originalità⁶⁸, superando l'antica dicotomia tra responsabilità precontrattuale e contrattuale.

L'*acquis* comunitario pur non avendo, allo stato, recepito un generale dovere di informazione se non negli specifici ambiti dei contratti di tutela dei consumatori e in materia di prodotti finanziari sembra, tuttavia, aver raggiunto un significativo traguardo in merito all'uso del principio generale di buona fede e correttezza che, «in luogo del consueto dovere di “non nascondere”, impone il più pregnante dovere (di contenuto positivo) di non volgere in danno della controparte il proprio vantaggio informativo»⁶⁹.

5. Le Autorità di vigilanza del mercato assicurativo

Il mercato assicurativo si è, progressivamente, adeguato alle evoluzioni che si sono registrate a livello di diritto europeo delle assicurazioni. In tale ottica, è stata avvertita

⁶⁵ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 539. «Sino al dicembre 2001 la legislazione in materia assicurativa (in particolare la Companies Act 1974 e 1982) non contemplava una definizione di assicurazione o contratto di assicurazione. [...] In particolare il *Regulated activities Orders* 2001 contiene numerosi riferimenti al contratto di assicurazione».

⁶⁶ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, p. 391 ss. spec. 448.

⁶⁷ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 450, osservano: «Fuori da una espressa previsione normativa, e quando non lo richieda la causa del contratto e/o la natura della prestazione (contratti di consumo, prestazione di servizi finanziari), non ci si sente di affermare che il diritto europeo abbia ormai imboccato la via di una concezione collaborativa e solidaristica del contratto, sì da far ritenere parte dell'*acquis* comunitario un generale *duty to disclose*».

⁶⁸ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 978.

⁶⁹ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 451.

l'esigenza di rafforzare le attribuzioni pubbliche in materia di controllo del mercato assicurativo⁷⁰. Tuttavia, la necessità di adottare un sistema di controllo sui contratti assicurativi⁷¹ era già stata avvertita in epoca risalente, con l'istituzione di un apposito Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private (Isvap)⁷², caratterizzato da un organico assetto disciplinare e normativo⁷³, volto a salvaguardare l'interesse pubblico alla gestione dei contratti aventi ad oggetto la materia assicurativa.

Dall'iniziale ruolo ancillare assegnato all'Isvap rispetto alle funzioni e ai poteri riconosciuti al Ministero dell'industria da cui l'Autorità di vigilanza dipendeva, si è passati, agli inizi degli anni Novanta, soprattutto in ragione delle azioni comunitarie tese a garantire la creazione di mercati regolativi della concorrenza, ad attribuire all'Autorità specifiche competenze di vigilanza e di controllo, nonché di natura consultiva e di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento, ai quali l'Istituto è tenuto, annualmente, a relazionare. Il Codice delle assicurazioni private ha racchiuso in un testo organico la normativa relativa alla disciplina del settore assicurativo ed ha rafforzato il ruolo assegnato all'Isvap, quale organo dotato di funzioni di regolazione e di controllo degli operatori del

⁷⁰ G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, t. II, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 1266. «L'istituto diviene unico titolare della funzione pubblica assegnatagli in punto di attività regolatoria, prescrittiva, autorizzatoria, accertativa, cautelare e repressiva. Residua, in capo al Ministero, l'adozione dei soli provvedimenti di carattere generale concernenti i requisiti di onorabilità e professionalità per gli esponenti aziendali e gli azionisti rilevanti, nonché di quelli relativi alla revoca delle autorizzazioni e alla sottoposizione dell'impresa ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa. [...] Emblematico è, a tale riguardo, la lettura incrociata delle norme di cui agli artt. 4 e 5 del codice».

⁷¹ S. RODRIGUEZ, *Diritto pubblico vs. diritto privato: il fenomeno dell'autoregolazione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 6 ss., che fa notare: «Accanto ad una rigida struttura di controlli - esercitati da Autorità di regolazione quali la Consob, Banca d'Italia e Isvap, [...] a partire dal decreto Eurosim [...] si è iniziata a registrare una sensibile trasformazione nel *law making process*, verso nuove forme di co-regolazione».

⁷² Sulla ricostruzione del sistema delle fonti del diritto alla luce dell'attuale contesto normativo, si vedano le attente riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss. «Nella produzione delle fonti del diritto la prospettiva logistica risulta in forte crisi: si pensi agli arbitrati commerciali internazionali e all'uso dei principi Unidroit (che prendono origine dalla prassi, dalla *lex mercatoria*), alle fonti di autodisciplina e alla produzione normativa secondaria delle *Authorities*, dotate di competenze - normative, di vigilanza, di controllo, di gestione paragiurisdizionali - non certo in linea con la tradizionale divisione dei poteri».

⁷³ G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 1261 ss., ove scrive: «A conferma delle incertezze sull'estensione dell'intervento pubblico [...] l'Isvap assume la natura di "braccio operativo specializzato" del Ministero dell'industria nello svolgimento delle funzioni tecniche di vigilanza, con compiti meramente preparatori e strumentali rispetto al dicastero, ai cui poteri di direttiva e di vigilanza risultava sottoposto».

mercato assicurativo⁷⁴. Sul piano della natura giuridica, l'Isvap si qualifica come Autorità amministrativa indipendente⁷⁵, in quanto è dotata di autonomia funzionale, essendo sottratta a qualsiasi potere di direttiva, vigilanza o controllo interno da parte dell'esecutivo, nonché di autonomia organizzativa, anche in punto di spese⁷⁶.

In ragione dei poteri riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti, si fa sempre più forte la necessità di operare «un controllo sugli atti aventi valenza normativa che sono espressione di un potere non legislativo ed esercitato, per di più, senza adeguate garanzie. A tale scopo occorre prestare attenzione al complesso sistema ordinamentale: essi consentono un controllo non già limitato alla legittimità formale, ma esteso a quella sostanziale e contenutistica sia della legge sia degli atti di autonomia negoziale e collettiva»⁷⁷. In tal senso, particolare interesse suscita l'introduzione di un sistema di controlli interni alle imprese di assicurazione⁷⁸, che si muove nel dichiarato intento di promuovere un agire imprenditoriale improntato al rispetto di regole e procedure volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, la gestione e il monitoraggio dell'impresa assicurativa⁷⁹.

Nel modello giuridico d'oltralpe si assiste alla proliferazione delle *Autorités administratives indépendantes*⁸⁰, cui è riconosciuta, essenzialmente, una funzione di regolazione dei mercati⁸¹, e di controllo su settori sensibili della vita sociale⁸².

⁷⁴ Si veda, in argomento: M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 128.

⁷⁵ M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688 ss. Sulla responsabilità degli organi amministrativi dell'impresa assicurativa si veda, Cass. 11 novembre 2011, n. 22911, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2546 ss. con nota di S. PIZZOTTI, *La responsabilità degli organi amministrativi dell'impresa assicurativa per inosservanza della circolare dell'Isvap*.

⁷⁶ C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, cit., p. 2140. Per ottenere un'efficace applicazione delle disposizioni sulla pubblicità, che impongono ai destinatari determinati comportamenti, si devono promuovere «adeguati strumenti di controllo da parte dell'Autorità di vigilanza ed un altrettanto strumentario di sanzioni. Nella disciplina della pubblicità troviamo sia l'uno che l'altro: i poteri dell'ISVAP sono previsti all'interno del Codice all'art. 12 dal comma 3 al comma 6; le sanzioni si trovano in modo specifico nell'art. 318 del Codice».

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 167.

⁷⁸ L. DESIDERIO, *La sana e prudente gestione nella disciplina dei controlli assicurativi*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 309.

⁷⁹ A. VICARI, *Il sistema dei controlli interni nelle imprese di assicurazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 31 ss. Tale sistema è disciplinato dall'art. 30 CAP e dal Regolamento Isvap n. 20 del 2008. La normativa «reputa essenziale lo sviluppo dei sistemi di controllo interni quale presidio che si affianca al patrimonio di vigilanza nell'obiettivo di garantire la sana e prudente gestione dell'impresa di assicurazione».

⁸⁰ J.-PH. FELDMAN, *Les «autorités administratives indépendantes» sont-elles légitimes?*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 2852 ss. «Il s'agit, expose la doctrine, de donner plus liberté et d'indépendance à certains services des administrations

Al fine di rafforzare il quadro regolativo e di controllo del mercato assicurativo a livello sovranazionale⁸³, è stato elaborato un sistema europeo delle autorità di vigilanza in materia finanziaria⁸⁴ che prevede la creazione di un'autorità di vigilanza in materia assicurativa «*European Insurance and Occupational Pension Authority*». La vigilanza sui singoli operatori rimane, invece, affidata alle autorità nazionali. La creazione di un sistema di *governance* multilivello si presenta come destinato a creare un riparto funzionale delle attività di supervisione nei diversi settori bancario, finanziario ed assicurativo. La scelta di adottare un meccanismo regolativo differenziato appare, dunque, tesa a tracciare diversi statuti imprenditoriali per i soggetti che operano nei settori bancari, finanziari ed assicurativi. Tale scelta, nel settore assicurativo e finanziario è stata indotta dalla recente crisi finanziaria, che ha imposto l'utilizzo di meccanismi maggiormente in linea con il ruolo anche sociale dell'impresa di assicurazione⁸⁵. L'adozione di un sistema di controlli non comprime, dunque, l'esercizio delle libertà economiche, ma garantisce la loro corretta attuazione, e le stesse misure programmatiche e di controllo devono conformarsi ai principi di adeguatezza e ragionevolezza⁸⁶. «Misure del mercato finanziario, valutario, creditizio, di politica tributaria non possono non essere discrezionali, ma anch'esse necessariamente

centrales de l'Etat du fait qu'ils ont la responsabilité de secteurs sensible: ceux relatifs aux droits et libertés des individus et des citoyens».

⁸¹ J.-PH. FELDMAN, *op. cit.*, p. 2853, ove scrive: «Elle veut dire par là que le législateur est compétent, ainsi que l'exprime le Conseil constitutionnel, pour fixer en vertu de l'article 34 de la Constitution les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés».

⁸² J.-PH. FELDMAN, *op. cit.*, p. 2857. «Telle serait d'ailleurs la raison de l'existence du pouvoir de sanction: le complément indispensable de la "regulation" pour qu'elle soit efficace, le pouvoir de sanction étant alors interprété comme un simple pouvoir de "regulation" parmi d'autres».

⁸³ In argomento si rinvia a: S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i «sistemi comuni» europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, p. 913.

⁸⁴ Sul settore dei controlli esercitati dalle Autorità amministrative, significativi sono i lavori svolti dal gruppo di esperti guidato da Jacques De Larosière, che ha redatto un rapporto per la Commissione, il Parlamento e il Consiglio europeo, il 25 febbraio 2009, che propone di creare un "Sistema europeo di supervisione finanziaria". In argomento si rinvia a: C. BORTOLANI, *LISVAP e le autorità di vigilanza europee: verso un'efficiente riforma?*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 1229. AL. CANDIAN e A. TITA, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA e direttiva OMNIBUS*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 3 ss., spec. 6. «Dal quadro istituzionale prima schematicamente ricostruito è scaturita, in ragione dei limiti ora evidenziati, la nuova riforma De Larosière. Dal punto di vista decisionale, il nuovo sistema viene adottato attraverso una proposta della Commissione (27 maggio 2009 COM (2009) 252 FINAL), che ha fatto proprio il progetto di "riforma De Larosière", datato 25 febbraio 2009».

⁸⁵ Cosí, G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 1282.

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 128, che, con acutezza, avverte: «Il giurista deve, dunque, dedicare adeguata attenzione ai principi, oggi di rilevanza normativa, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dei contenuti normativi ai singoli fatti».

sottoposte al vaglio della ragionevolezza costituzionale. [...] La funzione del mercato si desume dagli stessi valori che, immanentemente, dall'interno vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. In ciò consiste il nesso inscindibile tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici»⁸⁷.

6. *Rilievi conclusivi*

Dall'analisi del contratto di assicurazione emergono significativi profili di convergenza rispetto alla disciplina adottata nei diversi Paesi⁸⁸; tale convergenza si fonda su diversi fattori, legati alla natura transnazionale dell'operazione economica, insita nel contratto di assicurazione, e alla diffusione di tale modello contrattuale, espressione del più tipico contratto di impresa, in quanto si tratta di un contratto la cui disciplina giuridica è fortemente influenzata dall'operazione economica sottostante, e la cui caratteristica essenziale va individuata nella compensazione dei rischi e nella reciproca influenza delle vicende e dei rischi assunti dalla medesima impresa⁸⁹.

Nel contesto socio-economico attuale, si auspica un'armonizzazione della disciplina del contratto di assicurazione, unico mezzo per favorire la crescita di un mercato

⁸⁷ In argomento si vedano le attente riflessioni di P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 491 ss. L'A. pone in evidenza il nesso inscindibile tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici: «là dove “inviolabili” sono i diritti dell'uomo e “inderogabili” sono i doveri di solidarietà economica, politica e sociale; e là dove le situazione patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana. [...] Ciò comporta che l'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere».

⁸⁸ G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, cit., p. 416 ove pone in rilievo: «Questo non significa che debbono essere sottovalutate le differenze tra le normative previste nei vari paesi. Il problema emerge principalmente nel confronto tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*». C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 1015, ove segnalano «Il problema emerge principalmente nel confronto tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*, anche se, a ben vedere, i principi fondamentali non sono molto diversi nei due sistemi. Differenze significative sussistono, in particolare, in ordine ai rimedi, non solo per il differente impiego dei singoli istituti (nullità, annullabilità, risoluzione, recesso unilaterale) nella normativa speciale del contratto di assicurazione, ma anche e soprattutto per la connessione della norma speciale con la rispettiva norma generale del contratto».

⁸⁹ Così, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1014 che osservano: «La compensazione dei rischi richiede la collaborazione delle imprese nella loro assunzione e ripartizione, non solo a livello nazionale, ma anche internazionale. Ci si riferisce, in particolare alla riassicurazione dei rischi assicurati che è essenziale per la corretta gestione dei rischi e, per questo motivo, è imposta alle imprese della disciplina di vigilanza. [...] La natura transnazionale del procedimento assicurativo spiega anche perché le direttive sull'esercizio dell'attività assicurativa siano così dettagliate e, in massima parte, contengano una disciplina già compiuta e sostanzialmente *self executing*. Un'armonizzazione così puntuale non sarebbe possibile se l'operazione assicurativa non fosse regolata dagli stessi principi fondamentali in tutti i paesi dell'unione europea». Si veda: G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, cit., p. 415.

assicurativo a livello europeo. Tuttavia, la maggiore difficoltà alla creazione di un diritto europeo uniforme in materia assicurativa è dovuta alla presenza di norme imperative nelle legislazioni nazionali e alla resistenza degli Stati membri a modificare, per questo aspetto, la disciplina interna⁹⁰.

Solo un costante e proficuo dibattito fra gli operatori del settore potrà garantire il perseguimento di un elevato grado di armonizzazione, a livello sovranazionale, dei mercati assicurativi e finanziari⁹¹. In tale prospettiva, non si deve ritenere che la disciplina adottata in materia assicurativa a livello europeo sia in grado di decostruire la base concettuale e normativa che, in tale ambito, ciascun ordinamento possiede⁹². Una disciplina europea del contratto di assicurazione potrà, concretamente, trovare applicazione solo se la sua regolamentazione non si ponga in contrasto con quel nucleo stabile di valori e di principi generali presenti in ciascun ordinamento giuridico, in grado di ricomporre la frattura culturale fra diritto interno e diritto europeo⁹³.

Il mercato europeo delle assicurazioni sembra, attualmente, connotato da una marcata tendenza, registratasi negli sviluppi più recenti della legislazione comunitaria⁹⁴, «a

⁹⁰ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1015, «Va inoltre rilevato che è molto difficile giungere ad un'armonizzazione del diritto del contratto di assicurazione in assenza di una disciplina uniforme del diritto generale dei contratti. Il diritto del contratto di assicurazione, sebbene si caratterizzi, in tutti gli ordinamenti, per la presenza di numerose deroghe alla disciplina generale dei contratti, pur sempre, la presuppone ed è utopistico pensare che si possa giungere ad un'armonizzazione che prescindano dall'armonizzazione del diritto dei contratti in generale. Si pensi alle regole generali sulla formazione del contratto, sull'adempimento, sulla invalidità del contratto».

⁹¹ C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 1016. In argomento G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, cit., p. 411 ss. «Sono molto scettica sulla possibilità di giungere, in questa fase di evoluzione della Comunità europea, ad un diritto europeo uniforme, vincolante. [...] Mi riferisco alla necessità di migliorare la normativa comunitaria esistente, prima di affrontare il problema della armonizzazione delle discipline nazionali sul contratto di assicurazione».

⁹² C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1015, ove si pone in evidenza la difficoltà di: «giungere ad un'armonizzazione del diritto del contratto di assicurazione in assenza di una disciplina uniforme del diritto generale dei contratti».

⁹³ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, cit., p. 781. Per quanto nel diritto europeo «la cultura di questo non coincida con quella dei codici, rientra comunque con essa nel comune patrimonio culturale che ha per medium il linguaggio naturale. È vero, il legislatore comunitario parla di ben altro, ma ne parla in ciascun ordinamento interno con le stesse lingue dei diritti nazionali. Se c'è un punto comune, è lì».

⁹⁴ Così N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012. «Il diritto di recesso è stato poi previsto in materia di contratto di assicurazione sulla vita individuale. Il recesso dall'assicurazione sulla vita può essere esercitato entro un termine lungo di 30 giorni (mente per le altre assicurazioni rimane il termine di 14 giorni), ma esso è attribuito al "contraente" secondo il linguaggio usato oggi sia dalla direttiva di riferimento, sia dalla corrispondente norma di attuazione confluita nell'art. 177 del Codice delle assicurazioni private rubricato "diritto di recesso". Il contraente è per così dire qualunque stipulante, controparte della compagnia assicuratrice, e tale non è solo

collocare la tutela del cliente sempre più al centro delle politiche di regolazione del mercato; a proteggere la parte debole delle relazioni asimmetriche di mercato non perché è un consumatore [...] ma perché è, appunto, un cliente»⁹⁵. Significativi riscontri, in tal senso, si possono cogliere nella normativa europea ove, chiaramente, si persegue la finalità di garantire un adeguato livello protezione del cliente nei confronti del prestatore di servizi ritenuto il soggetto che possiede il controllo conoscitivo, tecnico, organizzativo del servizio stesso⁹⁶. Lo strumento assicurativo rappresenta, sul piano applicativo, il mezzo mediante il quale realizzare una socializzazione dei rischi connessi non soltanto alla produzione industriale ma anche all'area dei servizi, settore ormai trainante dell'economia avanzata⁹⁷. In tal senso, fondamentale è garantire il corretto funzionamento dei contratti assicurativi, promuovendo la trasparenza, la chiarezza e la conoscibilità del contenuto del contratto⁹⁸, al fine di superare il problema dell'asimmetria informativa⁹⁹, mediante l'osservanza di regole di condotta che pongano un correttivo allo squilibrio negoziale nel rapporto tra impresa assicurativa e assicurato¹⁰⁰.

il consumatore, persona fisica che agisce per fini privati, ma può anche essere il singolo individuo, professionista o imprenditore, o un qualsiasi ente collettivo».

⁹⁵ In argomento si veda: V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss., spec. 25.

⁹⁶ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁷ M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 461 ss.

⁹⁸ M. GAZZARA, *op. cit.*, p. 462, ove osserva: «È noto come nella moderna economia la contrattazione standardizzata costituisca lo strumento di gran lunga più frequente attraverso il quale si realizza la distribuzione e lo scambio di beni e servizi; nel mercato assicurativo – in particolare – la previsione di condizioni contrattuali uniformi costituisce un'esigenza imprescindibile dell'agire imprenditoriale, tenuto conto anche dell'elevato tecnicismo che caratterizza il contratto. Una visione complessiva e realistica del fenomeno impone di sindacare la validità delle clausole unilateralmente predisposte in una dimensione più ampia che non si esaurisca nel mero rapporto impresa – contraente: se, infatti, nell'ottica del rapporto assicuratore – assicurato il contratto realizza un trasferimento del rischio da un soggetto all'altro, in una prospettiva di insieme esso è diretto a realizzare una ripartizione del rischio attraverso la mutualità».

⁹⁹ A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 59, che fa notare: «In questo caso, le parti discutono e fissano di volta in volta solo le "clausole particolari" del contratto (c.d. "condizioni speciali di polizza"), quelle cioè che devono necessariamente essere diverse per ogni contratto, mentre le "clausole generali" [...] non possono essere dal contraente aderente, che accettate in blocco».

¹⁰⁰ V. SANTOCCHI, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, t. I, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 281 ss. ove l'A. osserva, a proposito dei rapporti contrattuali tra intermediario e cliente: «Il recepimento della direttiva 2004/39/CE, intervenuto con il d.lg. n.164/2007, ha apportato significative modifiche in materia di servizi di investimento. Tra le novità introdotte viene solitamente annoverata la previsione di una valutazione di appropriatezza dell'operazione finanziaria, in sostituzione per alcuni servizi della già prevista valutazione di adeguatezza. [...] Il deficit cognitivo è la conseguenza della carenza di conoscenze tecniche e di una struttura imprenditoriale che consenta di superare gli alti costi derivanti dal reperimento delle informazioni, necessarie ad operare nei mercati finanziari. Ebbene,

Il diritto delle assicurazioni scaturisce da una pluralità di formanti¹⁰¹ o fattori che vivono oltre la cornice normativa¹⁰², «giurisprudenza, dottrina e prassi rappresentano fenomeni che il giurista non può ignorare nel lavoro quotidiano di ricostruzione della regola giuridica»¹⁰³. Il momento applicativo rappresenta, allora, lo strumento di concretizzazione del diritto¹⁰⁴ e concorre a formare il diritto vivente¹⁰⁵.

Il contratto di assicurazione si innesta, come si è visto, in un quadro di regolamentazione non solo di diritto nazionale ma europeo ed internazionale. Significative, in tal senso, le iniziative adottate a livello sovranazionale per la regolamentazione del mercato assicurativo. Tali iniziative mostrano contorni ben delineati, in grado di rispondere alle esigenze che si manifestano in un'epoca, quale quella attuale, caratterizzata da una globalizzazione economica, giuridica e culturale¹⁰⁶ che non solo rafforza il potere normativo di apparati sovranazionali, ma contribuisce anche ad un fenomeno di auto-organizzazione dei privati¹⁰⁷.

l'impossibilità per l'investitore non professionale di acquisire le informazioni necessarie e la sua incapacità, anche ove ciò accadesse, di decifrarle e di comprenderle, lo pongono in una condizione di subordinazione rispetto all'intermediario; quest'ultimo, al contrario, in possesso dei suddetti requisiti professionali, finisce per godere di una posizione preminente nel rapporto contrattuale, posto in condizione di poter agire perseguendo i propri interessi e non quelli del proprio cliente. È tale posizione di disparità nelle dinamiche contrattuali a giustificare l'esistenza di specifici doveri informativi, a carico del contraente più forte e del *need of protection* riconosciuto al risparmiatore».

¹⁰¹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, p. 147 ss.

¹⁰² G. DI PLINIO, *Uso del «comparato» e problemi di legittimazione nelle dinamiche delle Corti costituzionali: lo stile spagnolo*, in *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di G. F. FERRARI e A. GAMBARO, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, p. 63 ss., spec. 75. «È ingenuo pensare, specie in contesto dei rapporti tra le Corti, che la circolazione dei modelli possa essere spiegata con il solo "effetto imitazione"».

¹⁰³ R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 1 ss. che considera la regola giuridica: «sì nella legge, ma non solo in quest'ultima: la norma scaturisce dal *lebendes Recht*, composto da una pluralità di fattori, ovvero formanti, che vivono oltre la legge, pur senza essere avulsi dalla legge».

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss., spec. 8, ove, acutamente, avverte: «Questa riflessione evoca la nozione di "interpretazione a fini applicativi" utile per riaffermare la centralità della dimensione fattuale, ossia della valutazione del fatto quale "motore" e non "accidente" del fenomeno giuridico. Il diritto vive in sede applicativa; la fonte è riconoscibile come tale soltanto nella sua applicazione-interpretazione; interpretazione e applicazione non sono distinguibili né logicamente né cronologicamente».

¹⁰⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54. L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990, p. 445.

¹⁰⁶ Sul tema il rinvio obbligato è a: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 177 ss.

¹⁰⁷ F. VIGLIONE, *I «confini» nel diritto privato comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 162 ss. spec. 170 che pone in rilievo: «Riflettere sull'oggetto delle analisi comparative consente di sgombrare il campo da un possibile equivoco, che una lettura emotiva del processo di globalizzazione potrebbe suscitare: il declino dei confini nazionali, privati della propria consueta impermeabilità, non indebolisce la rilevanza euristica dei diritti de-

Le politiche perseguite a livello europeo per incentivare il settore assicurativo si fondano sull'effettiva piena attuazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi, nell'ottica di favorire, fra le parti, la conclusione di contratti transfrontalieri, liberalizzando il mercato e fissando un insieme di regole indispensabili a garantire la correttezza degli operatori del settore assicurativo. La spinta verso la creazione «di un mercato assicurativo pienamente concorrenziale, liberando gli operatori da penetranti imposizioni e controlli preventivi, ha naturalmente comportato un ritorno dell'attenzione nei confronti delle dinamiche contrattuali»¹⁰⁸, in particolare relative alla correzione delle asimmetrie informative nei contratti di assicurazione.

Il diritto europeo è un sistema operante su più livelli di efficacia, sia nazionale che sovranazionale, statale ed extra-statale, caratterizzato da una molteplicità di fonti ed espressione di vari formanti, di natura legislativa, giurisprudenziale fondato sulla base di valori e principi generali comuni¹⁰⁹. Le spinte normative sovranazionali che si registrano, danno vita ad «un canale giuridico che si affianca e corre accanto a quello dello Stato»¹¹⁰.

Nella fase attuale del processo di integrazione giuridica¹¹¹, il diritto privato europeo¹¹² inteso nella sua effettività di sistema di regolazione dei rapporti interprivati sta, progressivamente, divenendo elemento costitutivo dei diritti nazionali¹¹³. Tuttavia, gli

gli Stati nazionali, posto che nel loro reciproco confronto e nella ricerca di somiglianze e distinzioni ancora oggi si rinviene un tratto essenziale della comparazione».

¹⁰⁸ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 196.

¹⁰⁹ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, cit., p. 783.

¹¹⁰ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, p. 70.

¹¹¹ R. ZIMMERMANN, *La costituzione dell'European Law Institute e le sue sfide*, in *Riv. trim.*, 2012, p. 515 ss. che sottolinea l'importanza della costituzione dell'*European Law Institute* (Eli) organismo che ha visto il suo congresso inaugurale significativamente tenutosi a Parigi il 1° giugno del 2011. La nascita di Eli «è stata ripetutamente caldeggiata, per non dire richiesta, durante gli ultimi dieci, o forse quindici anni, al fine di colmare taluni deficit strutturali che, in Europa, intralciano l'armonizzazione del diritto».

¹¹² A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 ss., spec. 775. Osserva che se si vuole trarre una considerazione «appare evidente che il concettualismo è logicamente possibile solo laddove l'ordinamento sia o un sistema legale aperto, o un sistema legale chiuso ma coerente. Non ha dunque spazio in un sistema come l'attuale che, fermo nei suoi presupposti giuspositivistici si pretende chiuso e completo, ma è del tutto incoerente. [...] Non è esatto dire che la legislazione europea abbia progressivamente decostruito i concetti del diritto nazionale. La risposta è senz'altro negativa. Se non preesistevano non li ha certo decostruiti. Non che il diritto privato europeo non abbia capacità decostruttive. Ma ha solo proseguito l'opera di decostruzione già progredita che ha trovato».

¹¹³ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 18, scrive: «Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, per loro caratteristiche originarie o per l'incidenza delle fonti comunitarie o comunque sovranazionali, trova la sua legittimazione formale nei già ricordati artt. 340 e 6.3 TUE, che rispettivamente fanno menzione dei "principi comuni ai

interventi modificativi apportati dal diritto privato europeo¹¹⁴ in alcuni casi contribuiscono a decostruire i concetti tradizionali data la totale alterità culturale. «Il nuovo diritto dei contratti, il nuovo diritto delle imprese fuoriescono, infatti, totalmente dalla prospettiva logica ed assiologica tipica del diritto interno, e si pongono nella prospettiva economica tipica del diritto comunitario»¹¹⁵.

L'elaborazione di un quadro di principi comuni a livello europeo invita a riflettere sul progressivo affermarsi di una «*européanisation*» o di una «*ré-européanisation*» del diritto privato, individuando quale fine specifico ed immediato quello di armonizzare il diritto privato in Europa, mediante l'ausilio fondamentale del metodo comparativo¹¹⁶.

L'«europeizzazione» del contratto di assicurazione¹¹⁷ non solo si fonda su precise ragioni di *policies*, volte a fornire un adeguato sistema di tutele agli assicurati, ma contribuisce a realizzare un'opera di «osmosi» fra diritti nazionali e diritto europeo, in coerenza con quel processo di armonizzazione del diritto privato europeo che presuppone un nucleo di valori e di principi comune ai vari diritti nazionali¹¹⁸.

diritti degli Stati membri» e delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e comporta, altresì, un rilancio non più in chiave fenomenologica ma in chiave squisitamente normativa del metodo comparatistico».

¹¹⁴ M. BERNARDINI, *Diritto privato e fonti comunitarie*, in *Nuove giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 606.

¹¹⁵ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, cit., p. 776, che avverte: «Alla base del concetto tradizionale stanno valori. Alla base dell'apporto comunitario, fatti. Il primo è sul piano della validità. Il secondo sul piano dell'efficienza. Prospettive diverse, culture diverse. La decostruzione che ci viene dalle fonti comunitarie non tende insomma a un diverso concetto, ma a un diverso diritto».

¹¹⁶ T. KADNER GRAZIANO, *La méthode à employer. L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative*, in *Le contrat de droit privé européen. Exercices de comparaison et d'harmonisation*, Bâle-genève-Munich-Bruxelles, 2006, p. 320 ove descrive il metodo comparativo come una fonte d'ispirazione per ricercare soluzioni nuove ed ampliare gli orizzonti giuridici.

¹¹⁷ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 203.

¹¹⁸ A. GAMBARO, «Jura et leges» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 993 ss., spec. 1001.